

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Maria Luiza Machado Granziera

Mestre em Direito Internacional, Doutoranda em Direito e
Procuradora da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O caráter internacional da licitação. 3. Modalidades. 4. A publicidade. 5. A igualdade. 5.1. A igualdade na participação do certame. 5.2. A igualdade nas condições de contratação. 6. Os critérios de desempate. 6.1. O fornecimento de bens de informática. 7. As regras específicas dos organismos internacionais. 8. As licitações no âmbito do Mercosul. 9. A arbitragem e os contratos administrativos internacionais. 10. Conclusões. 11. Bibliografia.

1 - Introdução

A tendência que se verifica, na evolução do chamado mundo civilizado, é a globalização. Com ela, diminuem as distâncias. A comunicação toma-se ilimitada, as fronteiras perdem sua caracterização Internacional.

O Direito, nesse momento, passa por uma revisão necessária e urgente, pois cabe refletir sobre os impactos das mudanças no que se refere às normas em vigor e nos procedimentos a adotar, como forma de adaptação aos novos tempos.

Além disso, as mudanças atingem todos os setores, e não podem deixar de lado a própria Administração Pública, tão mais próxima do início do século que deste final conturbado e globalizante. O Estado, através de seu Poder Executivo, passa a enfrentar o desafio de se modernizar rapidamente, pois não há como permanecer estático. Daí as “revoluções” no papel do Estado, que hoje tende a diminuir, dividindo com a iniciativa privada os ônus dos investimentos públicos, mediante as denominadas “parcerias”¹.

Nesse cenário, cabem estudos e reflexões sobre matérias anteriormente pouco cogitadas, como por exemplo é o caso das licitações internacionais, que se antes realizavam-se apenas esporadicamente, e em determinados setores, hoje tendem a se tomar fato do dia a dia da Administração Pública.

O presente Estudo, assim, tem por objeto tecer um pano de fundo sobre os aspectos

¹ O termo “parcerias”, embora impróprio tecnicamente, tem sido utilizado para denominar os casos em que o particular assume atividades atinentes ao Poder Público, seguindo a tendência atual de reduzir o Estado e assumindo os investimentos em setores públicos, mediante remuneração, como é o caso da concessão de serviços públicos.

jurídicos das licitações internacionais, levantando alguns pontos de discussão sobre a matéria, tendente a se destacar, como já mencionado, à medida em que o Brasil passa a ter, cada vez mais, relações de comércio com empresas estrangeiras.

2 - O Caráter Internacional da Licitação

A matéria concernente às licitações é, em princípio, de ordem interna. Refere-se à atuação da Administração Pública que, no exercício de sua função, e detecta a necessidade de obter determinado bem, ou de realizar uma certa obra ou serviço.

A partir daí, e na medida em que não possui condições para realizar tais necessidades diretamente, através de seus próprios recursos humanos e de produção, vai procurar no mercado a colaboração do particular, para que este, mediante preço justo, forneça o bem pretendido ou realize a obra ou o serviço necessário à continuidade dos objetivos do órgão ou entidade.²

Essa procura do colaborador, todavia, não pode se dar aleatoriamente. Para a Administração Pública, tendo em vista os princípios da indisponibilidade do interesse público, da competitividade, da isonomia e da impessoalidade, dentre outros, está a mesma obrigada a realizar procedimento de licitação, regulado pela Lei 8.666/93, já alterada anteriormente pelas Leis 8.883/94 e 9.032/95, e recentemente modificada pela Lei 9.648, de 27.5.98. A exceção a essa regra encontra-se fixada no § único do art. 121, segundo o qual os contratos relativos “a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente”, aplicando-se a Lei 8.666/93, no que couber.

Uma vez detectada uma determinada necessidade, sempre no âmbito do cumprimento da função pública de cada órgão ou entidade, inicia-se a chamada fase interna da licitação, ou seja, elabora-se o edital devidamente instruído em procedimento formal, com a respectiva minuta de contrato e demais anexos, para, mediante publicação do aviso, oferecer ao mercado as condições por meio das quais pretende-se adquirir o objeto desejado, na chamada fase externa da licitação.

Convém, nesse passo, a título de esclarecimento, estabelecer um conceito para licitação. Conforme ensina Dromi, trata-se de procedimento administrativo de preparação da vontade contratual, em que um ente público, no exercício da função administrativa, convida todos os interessados, que se sujeitem às condições estabelecidas no instrumento convocatório, para que formulem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente³.

Sendo procedimento administrativo, concerne à Administração Pública, no âmbito da

²Sobre a colaboração do particular e seu direito ao pagamento justo, v. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1.995, pp. 387-389.

³Roberto Dromi, *Licitacion Publica* 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1.995, p.76.

ordem interna do Estado. Como falar, então, em licitação internacional?

A questão que se coloca envolve dois momentos distintos, em um mesmo procedimento administrativo. O primeiro, refere-se ao exercício do poder discricionário, no que tange à decisão de definir um objeto e dar abertura a uma licitação pública, cumprindo-se as etapas de ato declaratório, autorização, aprovação dos órgãos financeiros e jurídicos, a publicação do aviso de edital e tramitação do certame licitatório. O segundo momento se reporta à possibilidade de a Administração Pública vir a contratar empresa estrangeira, o que é feito mediante um instrumento particular de contrato internacional, em decorrência do procedimento licitatório, desencadeado em sede de ordem interna.

A Administração Pública, ao definir o objeto do certame licitatório, e ao estabelecer a sua caracterização, o faz de acordo com o que existe em disponibilidade no mercado. Necessita saber, em relação ao bem ou serviço pretendido, quais os materiais e equipamentos, tecnologias, metodologias, enfim, o que, dentre os bens, serviços ou obras passíveis de oferta, melhor possa adequar-se à necessidade verificada, e qual o preço praticado. A partir daí, pode caracterizar, com maior precisão, em termos de edital, o objeto da contratação.

Nessa atividade, ocorre, cada vez mais, pelas facilidades tecnológicas atualmente utilizadas na comunicação, o acesso à informação sobre as possibilidades e alternativas existentes no mercado externo, o que ajuda na tomada de decisão, de cunho também discricionário - salvo em casos de ausência do objeto no mercado interno - pela possibilidade de se contratar uma empresa estrangeira para fornecer o bem ou executar serviço ou obra.

A licitação internacional, portanto, consiste em procedimento administrativo de direito interno, regido pelo direito interno, fixando-se, porém, expressamente no instrumento convocatório, a possibilidade de ser celebrado um contrato internacional, em que uma das partes é a Administração Pública.

Embora procedimento regido pelo direito interno, produz efeitos externos, à medida que possibilita e dita as regras de participação de empresas que operam fora do País, cabendo inserir, na minuta de contrato, regras alternativas voltadas à gestão de contrato com empresa estrangeira.

3 - Modalidades

Ao contrário do que vigorava no direito anterior, as licitações internacionais podem adquirir a modalidade de concorrência, tomada de preços e convite.

Nos termos do § 3º do art. 23, a concorrência é a regra, cabendo, todavia, a tomada de preço “quando houver sido elaborado cadastro internacional de fornecedores. E o convite quando não houver fornecedor de bem ou serviço no País”.

Quanto ao cadastro internacional, entende-se que a publicidade do respectivo aviso deve ser voltado basicamente ao mercado externo, em face de sua própria finalidade. Assim, a publicação em Diário Oficial ou jornal de grande circulação não cumprem o objetivo, não se aplicando, obviamente, o dispositivo do art. 21. Nesse sentido, uma alternativa é envi-

ar aos consulados cópia do aviso do edital. É, para maior transparência, que sejam escolhidos no mínimo três consulados, de forma que possa o cadastro ter uma participação diversificada de fornecedores.

O convite é a modalidade cabível quando não houver fornecedor de bem ou serviço no País. Cumpre indagar a forma de justificar tal ausência no mercado externo no processo administrativo da licitação. Cabe ressaltar que o art. 25, inciso I, dispõe sobre a forma de comprovar a exclusividade do fornecedor, que deve ser feita “através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal ou, ainda, pelas entidades equivalentes”. Por analogia ao dispositivo legal mencionado, essa pode ser uma forma de justificar, não a exclusividade, mas a ausência no mercado interno do serviço ou produto.

4 - A Publicidade

O princípio da publicidade constitui, hoje, um ponto basilar da atuação da Administração Pública. Como coloca Odete Medauar, “o tema da *transparência ou visibilidade*, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado a reivindicação geral de democracia administrativa..... O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa”⁴

Citado expressamente no art. 37, “caput”, da Constituição Federal, o princípio da publicidade, em licitação, reporta-se à maior competitividade e tem repercussão no Estatuto das Licitações Públicas em seu art. 21, dentre outros dispositivos, o qual estabelece, para as concorrências e tomadas de preço, que deverão ser publicados, com antecedência, os avisos de edital em Diário Oficial (da União ou do Estado), podendo ainda ocorrer em ambos, se a licitação for estadual porém com financiamento concedido por órgão ou entidade federal. O convite deve ser afixado em local apropriado, além do seu encaminhamento aos convidados.

Além disso, é exigida, para a concorrência e para a tomada de preços, a publicação, com antecedência, em diário de grande circulação no Estado, no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço ou fornecido o bem.

Embora a Lei 8.666/93 nada disponha especificamente sobre a matéria em relação às licitações internacionais, cabe lembrar que o inciso III do art. 21, além de exigir a publicação em jornal de grande circulação na região onde será realizada a obra, prestado o serviço ou fornecido o bem, dispõe ainda que, conforme o vulto da licitação, poderá a Administração utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Disso decorre que fica facultado à Administração o uso de outras formas de comunicação da abertura do certame, para ampliar a área de competição, independentemente da

⁴Direito Administrativo Moderno, 2ª ed., São Paulo, RT, 1.998, pp. 139-140.

obrigatoriedade das vias legalmente explicitadas. Poderá, pois, ser publicado o aviso de edital em jornal de grande circulação no exterior, ser entregue a cópia do edital em Consulados, ser divulgado o edital na Internet etc. Ressalta todavia, que essa iniciativa deve partir do administrador, atuando discricionariamente, na escolha do meio adicional e mais efetivo para comunicar ao mercado externo a abertura de uma licitação no Brasil, já que a Lei 8.666/93 apenas fixa as regras de publicidade voltadas ao território nacional.

5 - A Igualdade

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, “o princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação na medida em que este visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”. Nas licitações internacionais, todavia, há que ser complementada essa interpretação, nos moldes ditados por Hely Lopes Meirelles⁶, para quem o “princípio da igualdade veda a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguale os iguais e iguale os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros.....”.

Em se tratando de empresas submetidas a regimes jurídicos distintos, há que buscar um ponto de equilíbrio entre o que deve ser igual (dentro dos limites do possível), e o que deve necessariamente ser diferenciado, para garantir, globalmente, a igualdade entre os licitantes.

5.1.- A Igualdade na participação do certame

O princípio da igualdade, a ser entendido nos termos ora expostos, para a licitação internacional, permeia toda a Lei 8.666/93, com ênfase no art. 3º, fixador dos princípios aplicáveis à licitação. De acordo com o seu § 1º, é vedado aos agentes públicos:

“I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, de sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no § seguinte e no art. 3º da Lei 8.248/91.”

Ou seja, não se pode dar preferência, nos procedimentos licitatórios de contratação de

⁵ *Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 1.998, p.258.

⁶ *Licitação e Contrato Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, RT, 1.991, p. 26.

pessoa física, à nacionalidade do indivíduo, nem é permitido que o local onde se encontra a pessoa (domicílio), seja ela física ou jurídica, possa ser fator de preferência ou de exclusão.

Na verdade, embora a lei mencione expressamente questões relativas à origem ou localização de pessoas e empresas, veda também a adoção de qualquer outra circunstância “irrelevante para o específico objeto do contrato”. Isso quer dizer que, mesmo na habilitação, deve ser considerada a finalidade da licitação, cabendo a participação de todos aqueles que apresentem condições de controlar a Administração Pública.

A corroborar esse entendimento, o § único do art. 20 dispõe que “não se poderá impedir a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais”, não detalhando se tais locais incluiriam o exterior. Como a lei não estabelece tal distinção, o administrador, ao aplicá-la, não pode fazê-lo.

No que se refere à igualdade de participação dos licitantes em termos comerciais, legais, trabalhistas e previdenciários, dentre outros, cabe indicar que o § 4º do art. 32 admite, das empresas estrangeiras, “documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”.

Nesse dispositivo, fica determinado às empresas estrangeiras que não funcionam no País, que tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou juridicamente.

Adverte Marçal Justen Filho que o § 4º do art. 32 aplica-se somente a sociedade estrangeira que não possui autorização para funcionar no Brasil, nos termos do Decreto-lei 2.627/40, pois, cumpridas as regras impostas pelo citado diploma legal, a sociedade se sujeita a regime equivalente ao previsto para as sociedades nacionais⁷.

Assim, pode-se afirmar que, em uma licitação internacional (excetuando-se o convite), é possível a participação de três categorias de empresas: 1) empresas constituídas no Brasil e sujeitas ao ordenamento jurídico pátrio; 2) Empresas estrangeiras, com autorização para funcionar no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico pátrio e 3) empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico de seus países, representada legalmente no Brasil, por mandatário com poderes constituídos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Alerta-se que a representação legal prevista no art. 32, § 4º, nada tem a ver com a figura do representante comercial de empresa estrangeira, que comparece na licitação em nome próprio, apresenta proposta e participa do certame na qualidade de empresa brasileira, submetida ao ordenamento jurídico pátrio. O vínculo obrigacional ocorre tão somente entre a Administração e o representante comercial, sendo o fornecedor estrangeiro equivalente a um subcontratado.

⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 4ª ed., Rio de Janeiro, AIDE, 1.996, pp. 211.

5.2. - A Igualdade nas condições de contratação

O art. 40, que trata do conteúdo do edital, dispõe que o contrato indicará, obrigatoriamente, “condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais” (inciso IX).

Cabe aqui abordar uma questão prática, que ocorre freqüentemente nos procedimentos licitatórios em que se prevê a participação de empresa estrangeira. É uso e costume, em contratos internacionais, o pagamento a empresa através de carta de crédito irrevogável, à vista, aberta em nome do exportador e pagável, em geral, na praça de origem do fornecimento, a ser resgatada após a data de cumprimento da obrigação fixada no contrato.

Já em sede de Administração Pública, em direito interno, os pagamentos são feitos mediante depósito em conta bancária indicada pelo fornecedor, após cumpridas as obrigações relativas à apresentação dos documentos previstos no contrato, e respectivo atestado de recebimento, parcial ou total, do objeto. O prazo mínimo para pagamento deve ser estabelecido de acordo com a tramitação burocrática das faturas, ficando claro que os pagamentos da Administração pública não são à vista, salvo para aquisições de pequena monta.

Trata-se de caso em que o princípio da igualdade entre os licitantes deve ser interpretado à luz das diferenças entre a empresa brasileira e a estrangeira.

O art. 42 traz regras de caráter operacional da contratação atinentes à participação de empresa estrangeira em certame licitatório. Uma questão a colocar, aqui, refere-se ao fato de que o edital deve ser elaborado, visando atingir o mercado fornecedor do objeto da licitação. As condições de contratação, pois, devem estar adequadas não à Lei 8.666/93, mas às regras usuais do mercado, sob pena de não haver interesse na apresentação de propostas.

Se a licitação está voltada também ao mercado externo, as condições ofertadas pela Administração Pública devem ser compatíveis com as práticas do mercado internacional, atendendo “às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes”, conforme estabelece o “caput” do dispositivo legal mencionado, até para garantir uma participação significativa de licitantes.

No que se refere à moeda de cotação do preço, e sendo de caráter internacional a licitação, poderá o edital permitir a cotação em moeda estrangeira, inclusive para o licitante brasileiro, pois o § 1º dispõe que “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.” Todavia, a empresa brasileira receberá o pagamento em moeda nacional, de acordo com o § 2º, o qual estabelece que “o pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o § anterior será efetuado em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.”

Do mesmo modo, “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”, nos moldes do § 3º.

O § 4º dispõe que, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”. A comentar esse dispositivo, que trata dos custos indiretos decorrentes da tributação, Marçal Justen Filho⁸ pondera que “a Administração deverá selecionar, mesmo na licitação internacional, a proposta mais vantajosa, sob todos os aspectos. Se a proposta formulada por licitante estrangeiro envolver custos indiretos, (mesmo fiscais), estes deverão ser tomados em vista. Os licitantes estrangeiros não terão tratamento mais privilegiado do que os nacionais; porém também seria inconstitucional o inverso.”

Para Luiz Olavo Baptista⁹, “o § 4º do art. 42 equaliza as condições fiscais aparentemente para evitar que licitantes nacionais e estrangeiros possam ver-se desvantajados, um em face do outro - mas na realidade, visa a equiparar o estrangeiro ao brasileiro no tocante à carga fiscal suportada por este, que se imagina mais pesada”.

O § 5º do art. 42 trata das cláusulas das organizações internacionais, e será objeto de análise no item 7.

O § 6º prevê que “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”. Em uma licitação internacional, a Administração Pública deve, em regra, estabelecer que o local de entrega dos bens é o local da utilização dos mesmos (turbinas na obra da usina hidroelétrica, trilhos na obra da linha de trem ou metrô, materiais na sede do contratante, etc.). Evidentemente, caberá aos licitantes providenciar o respectivo transporte e seguro por conta própria, responsabilizando-se pelo bem até a efetiva entrega no local fixado. Nesse sentido, têm sido de grande valia os INCOTERMS 1.990, criadas pela CCI - Câmara de Comércio Internacional. Os INCOTERMS consistem em regras de interpretação de termos consagrados em comércio internacional, sem força coercitiva, em princípio, que no entanto tornam-se obrigatórias à medida que são adotadas pelas partes¹⁰. No caso das licitações internacionais, tornam-se obrigatórios quando inseridos no edital, com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Os INCOTERMS constituem regras que cuidam, em última análise da composição do preço do bem, pois regulam a divisão das obrigações das partes - vendedor e comprador, no que tange ao transporte, ao seguro e à transferência de responsabilidade pela coisa.

No que se refere à eleição do foro, dispõe o § 2º do art. 55 que, “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”, excetu-

⁸ *Obra citada*, p. 42.

⁹ “Contratos Internacionais da Administração Pública: Novos Rumos?”, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, org. por Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Malheiros, 1.997, p.459.

¹⁰ *Maria Luiza Machado Granziera, Contratos Internacionais: Negociação e Renegociação – Com Comentários aos INCOTERMS – 1.990, São Paulo, Ícone, 1.993, p. 117.*

ando-se os contratos celebrados com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nos termos do § 6º do art. 32 da Lei 8.666/93. A questão da arbitragem será tratada no item 9.

6 - Os critérios de desempate

O § 2º do art. 3º prevê que, “em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência sucessivamente, aos bens e serviços I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País e III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

No que se refere ao disposto no § segundo do art. terceiro, sofreu o mesmo alterações com a publicação da Emenda Constitucional 06/95, que extinguiu, no direito brasileiro, as figuras da “empresa brasileira de capital nacional” e “empresa brasileira”. Por meio dessa alteração constitucional, os critérios de desempate passaram a resumir-se nos bens produzidos no País, vigorando, apenas, o inciso II do art. 3º. Persistindo o empate será realizado sorteio em ato público, com divulgação prévia, nos termos do disposto no § 2º do art. 45 da Lei 8.666/93.

6.1. - O fornecimento de bens de informática

A Lei 8.666/93, em seu art. 45, § 4º, dispõe que para a contratação de bens e serviços de informática, é aplicável o disposto no art. 3º da Lei 8.248, de 23.10.91, levando em conta os fatores especificados no seu § segundo e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

Conforme disposto no art. 3º da Lei 8.248/91, “os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder público e demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação”, com fundamento no revogado § 2º do art. 171 da Constituição Federal aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem: 1) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e 2) bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

Com a revogação do art. 171, pela Emenda Constitucional 06/95, a preferência contida no “caput” do citado art. 3º deixou de se aplicar. Já no que se refere à ordem prevista nos incisos I e II, entende-se que permanecem aplicáveis, pois não se reportam ao conceito extinto.

No que se refere às licitações internacionais, pois, o direito de preferência ficou restrito a poucas disposições, como é o caso do art. 3º, § 1º da Lei 8248/91, segundo o qual

“dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados”. Além disso, conforme já mencionado, à aplicável o art. 3º, § 2º, inciso II, da Lei 8666/93.

o inciso I, está fixada a preferência aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País. No inciso II, menciona a lei os bens e serviços produzidos no País com significativo agregado local.

O § primeiro do citado art. 3º prevê que, na hipótese de a empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto da preferência, esta será dada aos bens e serviços fabricados no Brasil em relação aos importados.

E o § segundo oferece os parâmetros da preferência, que deve levar em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

O Decreto 1.070, de 2.3.94, que regulamentou a Lei 8.248/91 estabelece, em seu art. 5º, critérios de adjudicação, entre propostas equivalentes, devendo ser dada preferência aos bens e serviços produzidos no País, observada uma ordem que também deve ser analisada à luz da alteração ocorrida por meio da Emenda Constitucional 06/95.

Os incisos I, II e III do art. 5º estabelecem condições distintas, desde que a empresa preencha os requisitos do art. 1º da Lei 8.248/91, isto é, seja empresa brasileira de capital nacional. Entende-se que estão revogados tais dispositivos, pela Emenda Constitucional 06/95.

Já os incisos IV, V, VI e VII do mesmo dispositivo legal contêm condições semelhantes aos revogados, porém se diferenciam daqueles justamente por não exigir a condição de empresa brasileira de capital nacional. Cabe verificar se permanecem os mesmos em vigor, como critério de adjudicação. As hipóteses são: 1) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos com significativo valor agregado local por empresa que não preencha os requisitos do art. 1º da Lei 8.248/91 (inciso IV); 2) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos por empresa que não preencha os requisitos do art. 1º da Lei 8.248/91 (inciso V); 3) bens e serviços com significativo valor agregado local por empresa que não preencha os requisitos do art. 1º da Lei 8.248/91 (inciso VI) e 4) outros bens e serviços.

A alínea “c” do § 1º do art. 5º conceitua “bens produzidos com significativo valor agregado local” como sendo aqueles cuja produção comprovadamente preencha os requisitos especificados em ato próprio do Poder Executivo, conforme comprovado junto ao MCT¹¹. E a alínea “e” do mesmo dispositivo legal estabelece que “serviços produzidos com significativo valor agregado local” são os prestados por empresas instaladas no País e executados por técnicos residentes e domiciliados no País, conforme documentação comprobatória que deverá ser exigida pela Administração Pública no edital de licitação.

Cabe ainda mencionar um assunto que repercute fortemente nos equipamentos de informática embora se aplique a outros: trata-se das isenções destinadas à pesquisa cien-

¹¹ Ministério de Ciência e Tecnologia.

tífica e tecnológica. A Lei 8.010, de 29.3.90, dispõe sobre a isenção, dentre outros, do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, na importação de máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos, assim como de suas partes, peças de reposição, acessórios, matérias - primas e produtos intermediários, destinados à pesquisa científica e tecnológica, entre as quais se destacam universidades, instituições de ensino e hospitais.

O incentivo fiscal se aplica às importações realizadas pelo conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, ou por entidades sem fins lucrativos destinados ao fomento, coordenação ou execução de programas dessa natureza, devidamente credenciadas pelo CNPq. No caso das entidades de ensino, é necessário que as mesmas tenham a realização de atividades de pesquisa científica e tecnológica como atribuição institucional expressamente prevista em seus atos constitutivos e que demonstrem efetiva qualificação para executá-las.

A citada Lei 8.010/90 foi regulamentada pela Portaria Interministerial MF/MCT 360, de 17.10.95. De acordo com esse diploma legal, o CNPq, isoladamente ou em conjunto com a Secretaria da Receita Federal, poderá proceder a diligências junto às entidades credenciadas, com o fito de verificar a adequação dos bens importados às finalidades previstas, bem como a sua correta utilização, devendo estes prestarem todas as informações à realização dos trabalhos.

Nessa verificação, duas são as condições a considerar: 1) a existência física dos bens importados com a finalidade de integrarem o ativo fixo da instituição importadora e 2) a eventual transferência, a qualquer título, antes de decorridos cinco anos do desembaraço aduaneiro, da propriedade ou do uso de bens importados, nos termos do art. 147, § único do Regulamento Aduaneiro.

Após decorrido o prazo de cinco anos, contados da data do desembaraço aduaneiro, poderá a entidade importadora dar aos equipamentos, nos moldes da Lei 8.010/90, a destinação que quiser, de acordo com os termos da legislação em vigor.

7 - As regras específicas dos organismos internacionais

Antes da edição da Lei 8.666/93, muitas eram as dúvidas que envolviam as contratações decorrentes de financiamentos de organismos Internacionais com regras próprias de licitação, em detrimento da lei brasileira.

O Decreto-lei 2.330/86 permitia a adoção de normas próprias de tais entidades, desde que fossem “mantidos os princípios basilares” da Lei. A questão era deslindar quais seriam os princípios basilares e os demais, estes últimos, em princípio, de cumprimento não obrigatório, no caso, pela interpretação então vigente, da norma anterior.

Cabe citar a consulta efetuada pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

¹² RDA 188/343.

EMBRAPA ao Tribunal de Contas da União¹² sobre os procedimentos legais a serem adotados para utilização de recursos oriundos de contrato de empréstimo firmado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD (Banco Mundial), após autorização do Senado Federal (79/89), frente ao Decreto-lei 2.300/86.

A orientação do TCU, à época, fundamentou-se na “possibilidade de adoção de procedimentos licitatórios nos termos exigidos pelas referidas organizações financeiras internacionais, através de cláusulas e condições usuais dos respectivos contratos de empréstimos, desde que não conflitantes com o texto constitucional do país”.

Releva notar que o parecer do TCU menciona ainda que os fatos supra relatados não obstam “que a mutuária ou executora, utilizando-se do poder de negociação - igualmente comum ou usual nos contratos da espécie - procure junto a essas agências internacionais de crédito fazer prevalecer os procedimentos estatutários internos, considerados relevantes na formalização de despesas públicas sem prejuízo da tentativa de conciliação entre as práticas eventualmente conflitantes naquilo que não for incontornável. Caso contrário, incumbe ao administrador responsável nacional adotar sempre a decisão que melhor atenda aos interesses da União, expressos na legislação pertinente.

Com a edição da Lei 8.666/93, essa questão ficou melhor esclarecida, pois o texto legal admite, em seu art. 42 § 5º, o qual dispõe que, para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

O teor desse dispositivo parece não haver dúvida quanto não só à permissão como a obrigatoriedade de adoção das diretrizes estabelecidas pelo Banco Mundial e outros organismos. No entender de José Carlos Magalhães¹³, não há óbice na Constituição Federal quanto à aplicação das normas adotadas pelo BIRD e, ao contrário de vedar a aplicação das normas e procedimentos adotados por instituições financeiras internacionais das quais o Brasil faz parte, a Lei 8.666/93 admite-nos expressamente.

Superada a questão da aplicabilidade, em tese, das normas internacionais, resta verificar o grau de adoção de tais regras que se permite, frente aos princípios constitucionais que regem a Administração pública e as licitações e contratos administrativos.

Em primeiro lugar, de acordo com o dispositivo legal em tela, poderão ser admitidas

¹³ “Obrigatoriedade de observância das Normas sobre Licitação do BID”, São Paulo, RT 272, pp. 55-63.

condições alternativas, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. E coloca, a balizar esse critério, além do preço, outros fatores de avaliação, sob a condição de que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e de serem objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, devidamente ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Ao entender de Marçal Justen Filho¹⁴, a nova redação do art. 42, § 5º, significa que as regras acerca do procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc., podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados com os direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas.”

Nesse sentido, convém ressaltar a posição de Toshio Mukai¹⁵, para quem, “nas licitações internacionais, não se pode dar apenas prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma Lei, bem como os demais princípios da licitação, que ou decorrem do próprio texto constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI da C.F.)”.

No que se refere especificamente às regras internacionais, Rosolea M. Folgosi¹⁶ indica duas categorias de diretrizes (Guidelines) que devem ser aplicadas nos projetos financiados pelo Banco Mundial:

- a) para aquisição de bens e contratação de obras bem como serviços a eles relacionados, tais como transporte, seguro, instalação, treinamento etc;
- b) para contratação de consultores (empresas ou individuais)

8 - As licitações no âmbito do mercosul.

O Mercosul, instituído pelo Tratado de Assunção de 1.990, e tendo como Estados - Partes o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, teve por objetivo a criação do Mercado Comum do Sul, não prevê, expressamente, em qualquer de seus instrumentos, (incluindo os Protocolos de Brasília e de Ouro Preto), qualquer tratamento acerca das licitações públicas.

Contudo, indica Roberto Dromi¹⁷ que se pode entender que tal matéria se encontra compreendida na decisão do Conselho Mercado Comum (dez/94), que determina a criação de uma Comissão Técnica encarregada de tratar do tema, cabendo-lhe elaborar pro-

¹⁴ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1.997, p.258.

¹⁵ “As Licitações Internacionais, as Normas da Lei 8.666/93 e as dos Organismos Financeiros Internacionais”, RDA 208, p.82.

¹⁶ “Licitações e as ‘Guidelines’ do Banco Mundial”, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, org. por Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Malheiros, 1.997, pp. 524-551.

¹⁷ *Obra citada*, p.231.

posta que estabeleça a distinção entre as medidas compatíveis e as incompatíveis com a união Aduaneira, incluindo-se aquelas atinentes aos regime de compras governamentais e atuação das empresas estatais.

Cabe lembrar que a Emenda Constitucional 06/95, comentada anteriormente, foi estabelecida justamente para adequar o ordenamento jurídico brasileiro aos princípios de um mercado comum, tendo atingido, conforme verificado, as licitações públicas internacionais.

A título de exemplo, a Argentina, em seu Decreto 1.105/89, que regulamentou a Lei 23.696, estabelece, basicamente: 1) que a adoção do procedimento deve indicar o caráter nacional ou internacional do certame; 2) deve ser observado o princípio da publicidade; 3) no caso de licitações de caráter internacional poderá haver publicidade no exterior, quando se estimar que tal ato aumentará a competitividade; 4) o administrador poderá, inclusive, convidar todas as pessoas, locais de capital nacional ou estrangeiro, ou ainda estrangeiras, que entender conveniente. Poderá também solicitar a colaboração do Ministério de Relações Exteriores para que as embaixadas da República Argentina no exterior colaborem com a divulgação dos chamados.

9 - A arbitragem e os contratos administrativos internacionais

Uma questão a discutir refere-se à possibilidade de adoção do instituto da arbitragem no edital e na minuta do contrato através de cláusula compromissória. O entendimento é no sentido de não caber essa forma de solução de disputa, nos contratos administrativos.

Na vigência do Decreto-lei 2.300/86, admitia-se o juízo arbitral como forma de solução de disputa que não por meio do Judiciário para os bens fabricados e entregues no exterior (§ único do art. 45, mencionando o § 13 do art. 25). A doutrina, contudo era rigorosa quanto à aceitação do instituto, permitido exclusivamente para os itens expressamente referidos no texto legal, conforme entendimento de Hermes Marcelo Huck.¹⁸

A Lei 8.666/93, contudo, não adotou esse princípio, dispondo o § 2º do art. 55 que, “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”, ou seja, de acordo com o texto da lei em vigor, não há exceção alguma que autorize a inclusão de cláusula compromissória, em contratos internacionais com a Administração Pública.

Nessa ordem de idéias, cabe citar a decisão do Tribunal de Contas da União, proc. 8.217/93, relativa a uma consulta da CHESF (Centrais Elétricas do São Francisco). O entendi-

¹⁸ Nesse sentido, v. Hermes Marcelo Huck, *Contratos com o Estado*, São Paulo, Aquarela, 1.989, p.129.

¹⁹ RDA 193/341

mento do TCU¹⁹, ao comentar a edição da Lei 8.666/93, que revogou o Decreto-lei 2.300/86, é que a “supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do D.I. n.º 2.330/86 e, hoje, no § 6º do art. 32 da Lei 8.666/93, longe se sugerir que, pelo disciplinamento atual seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, esse hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua intenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na lei dispositivo consignado ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isso seria cabível”.

Além disso, afirma-se ainda, na citada decisão, que “admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público” dentre as quais destacam-se o da supremacia do interesse público sobre o particular, o da indisponibilidade do interesse público, o da alienabilidade dos direitos relativos ao interesse público.

Outro não é o entendimento de Márcia Walquiria Batista dos Santos²⁰, para quem “se a previsão do juízo arbitral nos contratos administrativos internacionais não foi expressamente autorizada pela nova legislação de licitações, não se pode pretender que os contratos submetidos a esta mesma legislação utilizem a arbitragem”, citando o princípio da legalidade administrativa, em que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Disso decorre que não mais se encontra autorizada a adoção da arbitragem para solucionar questões advindas dos contratos administrativos de caráter internacional. Contudo, ficam excetuados dessa hipótese, com base no próprio texto legal, conforme estabelecido no art. 32, § 6º, os contratos tendo como objeto a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação.

10 - Um aspecto fiscal das licitações internacionais

As licitações internacionais repercutem no mundo dos tributos, através da Instrução Normativa SRF 13/96, de 6.3.96, que altera, dentre outros, o inciso III do art. 1º da Instrução Normativa 38/94, sobre a isenção do Imposto de Importação, e segundo o qual ficam incluídos “máquinas equipamentos, veículos, aparelhos e instrumentos, bem como suas partes, peças, acessórios e componentes, importados por empresas estrangeiras ou nacionais, inclusive subcontratadas, para cumprimento de contratos de execução de obras e serviços decorrentes de concorrência internacional.”

Trata-se de uma forma de equalizar os custos do licitante estrangeiro, em consonância

²⁰ “Licitação Internacional – Arbitragem”, in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1.998, p.234.

com as disposições do § 4º do art. 42 da Lei 8.666/93.

11 - Conclusões.

Embora a Lei 8.666/93 não estabeleça, como foi dito, um tratamento sistemático para as licitações internacionais, as regras sobre a matéria permeiam todo o texto legal. Tendo em vista, também, que a recente Lei 9.648, publicada em 28.5.98, não alterou qualquer dos dispositivos relativos às licitações internacionais, pode-se depreender que não se está vislumbrando a necessidade de melhor detalhar a matéria.

Na verdade, o que cumpre salientar não é propriamente a necessidade de alteração da norma em vigor, para adequá-la à tendência de aumento da realização das licitações internacionais. A questão se coloca em outro cenário, o da a própria Administração Pública, que deverá adaptar seus procedimentos internos - e mesmo sua visão geral -, para verificar, em cada caso, quando a abertura de uma licitação pública poderá ensejar propostas mais vantajosas, principalmente no que se refere à possibilidade de obtenção de bens, serviços ou obras de melhor qualidade, maior durabilidade, inclusive com garantias que traduzam, efetivamente, a economicidade para o setor público, não apenas no que se refere a valores, mas sobretudo no que se reporta à possibilidade de utilização do bem, obra ou serviço adquirido, em cumprimento da finalidade do órgão ou entidade que realiza o certame.

Toda alteração, contudo, ocorre por meio de um processo, que se desenvolve ao longo do tempo. É preciso, pois, vislumbrar uma possibilidade a mais para as aquisições da Administração Pública, cabendo ao administrador, em cada caso, discricionariamente, decidir ou não pela abertura de uma licitação que permita a participação de empresa estrangeira, buscando-se, sempre, um aprimoramento da função administrativa.

12 - Bibliografia

AZÚA, A Licitação Internacional (Análise dos Editais), São Paulo, Aduaneiras, 1.994.

BAPTISTA, Luiz Olavo, "Contratos Internacionais da Administração Pública: Novos Rumos?", In Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, org. por Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Malheiros, 1.997, p. 449-469.

BITTENCOURT, Sidney, Estudos sobre Licitações Internacionais, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1.998.

DROMI, Roberto, Licitacion Publica 2ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1.995

FOLGOSI, Rosolea M., "Licitação e as 'Guidelines' do Banco Mundial", in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, org. por Celso Antônio Bandeira de Mello, São Pau-

lo, Malheiros, 1.997, pp. 524-551.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado, *Contratos Internacionais: Negociação e Renegociação - Com Comentários aos INCOTERMS - 1.990*, São Paulo, Ícone, 1.993, p. 117.

HUCK, Hermes Marcelo, *Contratos com o Estado*, São Paulo, Aquarela, 1.989.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Aide, 1.997.

LEÃO, Eliana Goulart, "Concorrências Internacionais", *Teoria e Prática das Licitações e Contratos*, pp. 89-95.

MAGALHÃES, José Carlos, "Obrigatoriedade de observância das Normas sobre Licitação do BID", São Paulo, RT 272, pp. 55-63.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1.995.

MUKAI, Toshio, "As Licitações Internacionais, as Normas da Lei 8.666/93 e as dos Organismos Financeiros Internacionais", in RDA 208, pp. 81-82.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos, "Licitação Internacional - Arbitragem", In *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1.998, pp. 233-235.

